Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

VII.

Verſäumung im Civilprozeß.

Von Herrn

Dr. v. Arnold,

Staatsrath und Präſident des Appellationsgerichts a. D. in München.

Ueber den Begriff und die Folgen der Verſäumung und des Ungehorſams im Civilprozeß iſt ſowohl in den Geſetzen als in der Wiſſenſchaft ſtets eine Unbeſtimmtheit und ein Schwanken zu bemerken geweſen, deren Hauptgrund theils in dem Mangel der gehörigen Beachtung der Verſchiedenheit des Ungehorſams von der Verſäumung, theils darin zu liegen ſcheint, daß man bei Beſtimmung der Folgen des Ungehorſams und der Verſäumung ſich nicht immer klar war, ob und welcher Verbindlichkeit durch jenen oder durch dieſe entgegengehandelt iſt. In der Wiſſenſchaft iſt bereits Vieles zur Aufhellung geſchehen [1]): Jetzt wo eine Umwandlung des Civilprozeſſes in ganz Deutſchland in Frage iſt, dürfte eine nähere Prüfung nicht als Ueberfluß erſcheinen.

Vor Allem wird es darauf ankommen, den Unterſchied zwiſchen Ungehorſam und Verſäumung in Beziehung auf deren Weſen und mögliche Folgen feſtzuſtellen.

Ungehorſam iſt nur denkbar, wo eine Verbindlichkeit zum Gehorſam — ſei es zum Handeln oder zum Unterlaſſen —

1) Literatur ſiehe bei Martin, bürgerl. Proz. 13. Aufl. §. 120 Note *. Hervorzuheben ſind Gönner Handb. des deutſchen gem. Proz. Bd. I. Abth. XXI. Mittermaier gem. bürgerl. Proz. Beitrag II. §. 5. Bayer Vorträge über den gem. ordentl. Civilproz. §. 154—159. Wetzell Civilprozeß. §. 49.

besteht: nur wenn dieser Verbindlichkeit zuwider gehandelt oder unterlassen wird, ist Ungehorsam vorhanden.[2]) Ungehorsam im Civilprozesse setzt einen wirklichen Civilprozeß voraus. Verletzung oder Nichtanerkennung des Civilrechts eines Andern kann Ungehorsam gegen das Gesetz sein, aber von Ungehorsam im Civilprozeß ist keine Rede, so lange es nicht wirklich zum Civilprozeß gekommen ist.

Im Civilprozeß kann aber auch nur dann von Ungehorsam die Rede sein, wenn durch das Gesetz oder vom Richter auf gesetzlicher Grundlage etwas ausdrücklich oder bestimmt befohlen diesem Befehle aber nicht genügt wird.

Wenn der Richter im Wege des Provisoriums etwas gebietet oder verbietet, diesem Befehle aber nicht gehorcht wird; wenn ein Zeuge die Zeugschaft, zu welcher er verbunden ist, verweigert; wenn der unterliegende Theil dem rechtskräftigen Urtheile nicht entspricht: in allen diesen Fällen ist Ungehorsam vorhanden und es hat gegen den Ungehorsamen Zwang einzutreten.[3])

Die Versäumung im Civilprozesse wird zwar gewöhnlich auch mit dem Namen „Ungehorsam" (contumacia) belegt, ist aber davon wesentlich verschieden.

Wer bei den Civilgerichten Hilfe sucht, ist zwar diesen Gerichten, bei welchen sein Civilrechtsstreit verhandelt und entschieden wird, Achtung und im Allgemeinen Gehorsam schuldig. Diese Pflicht des Gehorsams erstreckt sich aber nur auf die äußeren Formen des Verfahrens, nicht auf den Inhalt der Verfolgung, Begründung und Vertheidigung der Rechte.[4]) Denn wer über das Seinige zu verfügen fähig ist, kann es ebensowohl aufgeben und sich dessen entäußern, als er es behalten und den Besitz desselben vertheidigen kann. Es steht ihm also auch frei, ob er gegen ungerechte Angriffe auf seine Person oder auf sein Vermögen den Schutz des Staates — richterliche

2) Martin, §. 120. Mittermaier, a. a. O. S. 107 und Glück Pandekten Bd. III. S. 495—498.

3) Bayer a. a. O. S. 495. Heffter Civ.-Proz.-Recht §. 208.

4) Bayer S. 497. Wetzell S. 452. Gönner I. S. 439, 441, 444, 489. Mittermaier S. 128, 129.

Hülfe — anrufen will oder nicht; und wenn er diese Hülfe anruft, so muß es ihm ferner freistehen, sein Anrufen besser oder schwächer zu begründen. Er allein trägt die Folgen, wenn er das Anrufen an den Richter ganz unterläßt oder nicht hinreichend begründet; die Staatsgewalt kann ihm nicht befehlen, sein Recht zu verfolgen oder besser zu vertheidigen. Selbst wenn der Richter im Provocationsprozesse dem Provocaten aufgibt, sein behauptetes Klagerecht binnen gewisser Frist gerichtlich zu verfolgen, widrigenfalls er damit nicht mehr gehört oder die Einrede des Gegners aufrecht erhalten würde, steht es im Ermessen des Provocaten, ob er dem richterlichen Auftrage nachkommen will oder nicht. Er ist nicht ungehorsam, wenn er gar nicht oder zu spät klagt, er trägt nur die Folgen seiner Versäumung gerade so, wie derjenige, welcher sein Recht innerhalb der Verjährungsfrist nicht verfolgt und dann durch Erlöschen verliert. In gleicher Weise ist der Adcitat, wie auch derjenige, welcher sich (ohne adcitirt zu sein) zur Intervention berechtigt glaubt, nicht ungehorsam, wenn er nicht intervenirt: es steht ihm frei, ob er sein Recht verfolgen will; die Adcitation beschränkt dieses Recht nicht. Ebenso kann nicht von Ungehorsam gesprochen werden, sondern nur von Versäumung und deren Folgen, wenn die Frist zur Berufung, zur Nichtigkeitsbeschwerde, zum Wiedereinsetzungsgesuche versäumt wird.

Ein ganz anderes Verhältniß scheint hinsichtlich der Parteien bei der Instruction des Civilprozesses einzutreten. Die Aufgabe des Civilprozesses ist, die civilrechtlichen Verhältnisse, welche zwischen den Parteien in Thatumständen begründet sind, richterlich festzustellen und auszusprechen. Um nun den Richter in den Stand zu setzen, diese Aufgabe lösen zu können, ist es Sache der Parteien, die thatsächlichen Verhältnisse, auf welche sie ihre Ansprüche und ihre Vertheidigung stützen, anzugeben und erforderlichen Falles zu beweisen. Insofern sie dieses nicht thun, vielleicht bei der Verhandlungstagsfahrt vor Gericht gar nicht erscheinen oder nicht antworten, oder nicht vollständigen Aufschluß ertheilen, oder den erforderlichen Beweis nicht liefern, oder Unwahrheiten sagen, könnte man versucht werden, von

Ungehorsam zu sprechen, besonders wenn der Verklagte nicht antwortet.

Allein kein Theil kann zum Angriff oder zur Vertheidigung gezwungen werden, kein Theil ist ungehorsam, wenn er Angriff oder Vertheidigung unterläßt, oder nicht gehörig begründet. [5])

Wenn daher bis jetzt in Gesetzen wie in der Wissenschaft das Nichterscheinen oder Nichtantworten der Parteien im Civilprozesse als Ungehorsam bezeichnet wurde, so war das Wort Ungehorsam in höchst uneigentlichem Sinne angewendet. Noch weniger ließ es sich rechtfertigen, wenn im römischen oder canonischen, ja bis zum jüngsten Reichsabschied (1654) auch im deutschen Rechte bei dem (sogenannten) Ungehorsam des Verklagten der Kläger vorläufig in den Besitz und die Verwaltung des Streitobjekts oder auch des ganzen Vermögens des Verklagten gesetzt wurde [6]) (missio in bona) oder wenn man gegen den Verklagten die Acht aussprach (bannum contumaciae). [7])

Der jüngste Reichsabschied kam schon theilweise von dem Grundsatze des Ungehorsams zurück, denn er hob die Strafe der Acht und der Immission auf und setzte auf Nichteinhalten der Prozeßfristen hauptsächlich die Folge der Präclusion der treffenden Parteihandlungen. [8]) Nur gegen Vormünder und Tutoren ließ er es bei Strafen wider diese, weil — wie der Reichsdeputationsabschied vom J. 1660 sagt — die Minderjährigen und andere unter Curatel stehende Personen billiger Weise nicht büßen sollen, was ihr Vertreter verschuldet. [9])

Die obenerwähnte Aufgabe der Parteien im Civilprozesse, dem Richter die thatsächlichen Verhältnisse, welche ihren An-

5) Bayer S. 496. Gönner a. a. O. Bd. I. S. 441, 447, 459.

6) F. 2, 7 §. 1 D. quib. ex causis in poss. (42, 4). Const. 9. C. de bonis auct. jud. poss. (7, 72), Fr. 31 §. 3 D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5). Fr. 19 D. de in jur. voc. (2, 4). C. 5 X. 2, 6; vergl. 2, 15. Vergl. Wetzell S. 454, 461 und 462. Mittermaier a. a. O. Bd. II. S. 111. Glück a. a. O. S. 503. Bayer S. 505.

7) Cammer.-Ger.-Ord. von 1555 Thl. III. Tit. 43. Heffter a. a. O. S. 255.

8) J. R. A. v. J. 1654 §. 36 ff.

9) J. R. A. a. a. O. u. §. 86. Reichsdeput. Absch. v. 1660 §. 95.

sprüchen und ihrer Vertheidigung zu Grunde liegen, anzugeben und zu beweisen, ist eine Aufgabe in ihrem eigenen Interesse und eine Vernachlässigung in der Lösung dieser Aufgabe kann nur ihnen und zwar nur soweit schaden, daß der Richter ihren Ansprüchen oder ihrer Vertheidigung in seinem Urtheile nur soweit entspricht, als sie solche begründet haben.

Bei dem Zwecke des Civilprozesses, die unter den Parteien streitigen Rechtsverhältnisse festzustellen, ist es nothwendig, daß der richterliche Ausspruch darüber in möglichst kurzer Zeit erfolge. Es kann daher den Parteien nicht frei gelassen werden, wann sie dem Richter die Thatsachen und Beweise darlegen wollen, auf welche sie sich stützen, da ein Richterspruch so lange nicht möglich ist, als der Richter noch die Anträge der Parteien und deren Begründung anhören muß. Es muß daher durch das Gesetz oder vom Richter nach gesetzlicher Vorschrift[10]) ein Zeitpunkt bestimmt werden, nach dessen Verlauf die Parteien von dem Richter (wenigstens ohne gegenseitige Uebereinstimmung) nicht mehr gehört werden dürfen. Wer demnach vor diesem Zeitpunkte die Begründung und die Beweise seiner Ansprüche oder seiner Vertheidigung nicht vorgebracht hat, der hat damit eine ihm nachtheilige Versäumung aber keineswegs einen Ungehorsam sich zu Schulden kommen lassen.

Eine solche Versäumung muß allerdings für die säumige Partei Folgen haben, aber diese Folgen dürfen nicht in einer Strafe bestehen, eben weil kein Ungehorsam vorliegt, sondern eine Unterlassung, welche dem freien Ermessen der Partei anheim gestellt war.[11])

Darum ist selbst dann, wenn Vormünder oder Vertreter von Stiftungen in einem Prozesse Versäumungen begehen, keine Strafe, welcher der Prozeßrichter wider sie verfügte, gerechtfertigt. Denn dadurch, daß diese Personen in Folge ihres Verhältnißes zu der von ihnen vertretenen Stiftung oder Corporation, ähnlich wie der Anwalt seinem Klienten gegenüber, zu

---

10) Gönner a. a. O. Bd. I. S. 446, 451. Bayer S. 509. Martin S. 121.

11. Mittermaier Bd. II. S. 105, 107.

einer besonderen Sorgfalt verpflichtet sind und durch Versäumung sträflich ihre Pflicht verletzen, wird in dem Verhältnisse zu dem Prozeßgerichte nichts geändert. Die Ahndung der Pflichtverletzung dieser Personen ist Sache der Curatelbehörde. Der Prozeßrichter aber würde seine Pflicht der Unparteilichkeit verletzen, wenn er durch Strafen dafür sorgte, daß die eine Partei gehörig vertreten würde, während er bei der andern Partei, wenn diese nicht gleiche Eigenschaft hat, diese Sorge nicht eintreten läßt.

In besonderer Art ist im französischen Civilprozeß der unter Curatel stehenden Personen gedacht. Der Richter ist unparteiisch und sorgt nicht für die Vertretung dieser Personen. Aber es liegt hier einer jener Fälle vor, in welchen der Staatsanwalt sein Gutachten abzugeben hat. Es ist dies nicht so aufzufassen, als ob der Staatsanwalt hier lediglich im Interesse dieser unter Curatel stehenden Personen handle. Auch in diesem Falle handelt er nur als Staatsanwalt, also nur im Interesse des Gesetzes: nicht er, sondern die Partei oder deren Vertreter hat die betreffenden Thatsachen und Beweise vorzubringen und nur die Parteien und deren Vertreter können sich eine Versäumung zu Schulden kommen lassen.[12])

Die nachtheilige Folge der Versäumung einer Partei im Civilprozesse kann nur die säumige Partei treffen, darf aber auch in keinem größeren Uebel bestehen und darf auch der Gegenpartei keinen größeren Vortheil zuwenden, als worauf der Zweck des Rechtstreites mit Recht gerichtet sein darf: insbesondere darf jene nachtheilige Folge nicht in eine Privatstrafe zum Vortheil des Gegners ausarten.[13])

Es kann vielmehr die nachtheilige Folge der Versäumung, wie aus dem Begriff derselben von selbst sich ergibt, nur in dem Verluste des Rechtes auf Beachtung der nicht rechtzeitig vorgebrachten Angriffs- oder Vertheidigungsbehelfe durch den Prozeßrichter bestehen.

Versäumt der im Provocationsprozesse rechtskräftig zur

12) Cod. de proc. civ. Art. 83 und 112.
13) Gönner a. a. O. S. 315.

Klage binnen gewisser Frist aufgeforderte Provocat diese Frist, so wird gegen ihn nur ausgesprochen, daß er mit der Klage oder mit der Widerlegung gewisser Einreden nicht mehr gehört werde: aber sein Recht selbst hat er dadurch nicht verloren und wenn er zu diesem auf irgend eine andere erlaubte Weise gelangt, kann es ihm nicht aus dem Grunde entzogen werden, weil er es nicht mehr durch eine Klage hätte erlangen können. Wer die Frist zur Intervention, zur Appellation, zur Restitution zur Nichtigkeitsbeschwerde versäumt, ist nur mit dieser Thätigkeit ausgeschlossen: andere in Bezug auf das Objekt ihm zustehende Rechte hat er deßhalb nicht verloren.

Im civilprozessualischen Verfahren muß man zwischen der Versäumung des Klägers und jener des Verklagten unterscheiden. Die Versäumung des Klägers ist in der Regel nicht so nachtheilig für den Verklagten, als die Versäumung des Verklagten für den Kläger. Bei der Versäumung des Klägers entbehrt der Verklagte nicht leicht die Realisirung eines Rechtsanspruches gegen den Kläger[14]), während bei der Versäumung des Verklagten dem Kläger die Realisirung seines Anspruchs verzögert werden kann. Es müssen also auch die Folgen der Versäumung im Einzelnen verschieden sein, je nachdem der Kläger oder der Verklagte säumig war.

Wenn das Gesetz die Klage bei dem Richter schriftlich übergeben oder zum gerichtlichen Protokolle erklären und vom Richter dem Beklagten zustellen läßt[15]), so kann der Kläger, welcher in der Klage etwas zur Begründung derselben Gehöriges anzugeben versäumt hat, solches da, wo die Eventualmaxime (wie im gemeinen deutschen Prozesse) herrscht, zwar bis zur Litiscontestation nachholen, dann aber nur insofern in der Replik, als er damit nicht das Wesen der Klage — das thatsächliche Verhältniß, welches seinen Rechtsanspruch begründen soll — oder das Objekt des Anspruchs oder die Art der Leistung ändert (mutatio libelli). Nur nähere Erläute-

14) Bei den Theilungsklagen kann der Verklagte ja gleichfalls Klage stellen

15) Wie nach gemeinem deutschen und nach preußischem Prozesse.

rungen der Klage, wozu auch Beschränkung auf einen geringeren Grad des Anspruchs gehört, kann er auch nach der Litiscontestation nachbringen (emendatio libelli). Will aber nach der Litiscontestation die Klage im Wesentlichen geändert, Versäumtes nachgeholt werden, so bleibt dem Kläger nur übrig, die Klage zurückzuziehen und eine neue Klage zu stellen. Er muß aber dem Verklagten die demselben durch die zurückgezogene Klage verursachten Kosten ersetzen.

Wo die Eventualmaxime nicht herrscht, sondern noch während der Verhandlung neue Thatsachen, auch wenn sie von wesentlichem Einflusse auf die Entscheidung der angebrachten Sache sind, nachgetragen werden können (preußische Untersuchungsmaxime), da kann auch nach der richterlichen Mittheilung der Klage eine Aenderung derselben in wesentlichen Punkten stattfinden, jedoch nur soweit, daß nicht ein anderes Rechtsverhältniß und eine ganz verschiedene Klage substituirt wird.[16]) Der Kläger kann daher bis zur Fällung des definitiven Urtheils Versäumtes ohne weitere Folgen nachholen.

Wenn — wie im französischen Civilprozesse — die Klage nicht bei dem Richter eingereicht und von diesem dem Verklagten mitgetheilt wird, sondern ein schriftliches Vorverfahren unter den Parteien — deren Anwälten — stattfindet, wobei die Zustellung der gegenseitigen Schriften durch Gerichtssubalterne geschieht; dann kann in diesem Vorverfahren eine Aenderung der Klage selbst in wesentlichen Punkten und daher auch eine Nachholung des etwa anfänglich Versäumten stattfinden. Doch sind hiebei zwei in der Natur der Sache liegende Bedingungen zu beachten. Für's Erste dürfen die neuen Thatsachen nur auf dasselbe Rechtsverhältniß sich beziehen, welches in der Klage dem klägerischen Anspruche zu Grunde gelegt wurde.[17]) Außerdem ist der Kläger, obgleich die nachgebrachten Aenderungen zulässig, doch seinem Gegner die Kosten zu ersetzen schuldig, welche er diesem durch seine Nachträge veranlaßt hat

16) Preuß. Ger. Ordn. Thl. I. Tit. 5 §. 21—23. Dort ist jedoch jenes Recht auf die erste Instanz beschränkt.

17) Wie im preuß. Proz. S. oben.

Diese Grundsätze werden besonders wichtig, wenn bei der Verhandlung in der Gerichtssitzung neue Thatsachen vorkommen, welche eine Vertagung der Sitzung veranlassen.

Der **Verklagte** kann im gemeinen deutschen wie auch im preußischen Proceß sich keine Versäumung zu Schulden kommen lassen, bevor er nicht zur Antwort vor Gericht durch eine darauf zielende Klagemittheilung verbunden wird. Nach französischem Civilprozeßrechte kann aber der Verklagte schon im Vorverfahren insofern etwas versäumen, als er das thatsächliche Verhältniß nicht vollständig berührt und dann durch Nachträge vor Gericht, auf welche Kläger sich vorzubereiten nicht veranlaßt war, eine Vertagung der gerichtlichen Verhandlung veranlaßt, deren Kosten ihm natürlich zur Last fallen.

Wir gehen nun über zu den Versäumungen im Verfahren vor Gericht.

Wenn die Parteien zur Verhandlung der Sache auf einen bestimmten Tag vor Gericht geladen werden, was nach deutschem Prozeße geschehen kann, nach französischem Prozesse beinahe immer geschieht, so kann in diesem Termin sowohl der Kläger als der Verklagte eine Versäumung durch Nichterscheinen begehen. In ähnlicher Weise findet eine Versäumung statt, wenn im schriftlichen Verfahren nach gemeinem deutschen Prozesse der Verklagte gar nicht antwortet.

Erscheint in der Verhandlungstagfahrt der Kläger nicht, so ist doch der Verklagte durch die Klage angegriffen und kann Sicherstellung vor weiterer Verfolgung des Angriffs oder Zurücknahme des Angriffs und Ersatz der Kosten verlangen.

Nach gemeinem deutschen Prozesse kann der Verklagte auf die Klage antworten, den Streit befestigen und den weitern Rechtsgang verfolgen; er kann aber auch den Richter bitten, ihn entweder unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten von dieser Klage — nicht von dem Anspruch selbst — zu entbinden (Entbindung von der Instanz genannt); oder kann im Wege der Provokation das Gesuch stellen dem Kläger zur gerichtlichen Verfolgung seines Anspruches eine peremtorische Frist unter Androhung der gesetzlichen Folgen vor-

zusetzen.[18]) Der Weg der Entbindung von der Instanz ist nur ein Palliativmittel und kommt eben deßhalb in der Praxis beinahe gar nicht zur Anwendung.

Im preußischen Prozesse wird der Kläger, welcher im Instruktionsverfahren nicht erscheint, in die Kosten verurtheilt und die Akten werden reponirt.[19]) Dieser Weg ist zwar im Wesentlichen derselbe wie bei der Instanz-Entbindung nach gemeinem deutschen Prozesse, er hat aber eine einfachere Form und drückt die Folgen deutlicher aus als jene Instanz-Entbindung. Will der Beklagte definitive Beendigung, so kann er auch nach preußischem Prozeßrechte zur Provokation des Klägers schreiten.[20]).

Nach französischem Prozeßrechte kann der Kläger schon im Vorverfahren eine Versäumung begangen haben, welche er im Termine zur Verhandlung vor Gericht nachholen will. Wenn er hierbei dann solche neue Thatsachen vorbringt, daß der Verklagte zu einem Vertagungsantrag berechtigt ist, so müssen dem Kläger die durch seine Versäumung veranlaßten Kosten zur Last fallen. Im Termin zur Verhandlung vor Gericht selbst begeht der Kläger eine Versäumung, wenn er nicht erscheint. Wenn man dann auf Entbindung von der Klage erkennt[21]), so ist dies eine übermäßige Strenge und wenn man die Klage unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten abweisen (also nicht den Verklagten von dem klägerischen Anspruch entbinden), vielmehr dem Kläger eine neue Klage gestatten will[22]), so verliert man sich in eine Form: Man will Fortsetzung der vorhandenen Klage nicht zulassen, obgleich eine neue Klage nichts Neues enthalten kann und veranlaßt dadurch

---

18) Danz ordentl. Proz. §. 474, Gönner a. a. O. S. 457, Glück a. a. O. S. 408 u. 509, Wetzell S. 454.

19) Preuß Ger.-Ordn. I., 6 §. 18, I. 7, §. 49 Ziff 1 u. I., 9, §§ 41 und 42.

20) Preuß. Gericht.-Ord. I., 32.

21) Code de proc. civ. Art. 19, 149, 480. Schlink Commentar über die franz Civilproz.-Ordn. Bd. II. S. 526.

22) Die Entbindung von der Instanz nach gem. deutschen Prozesse und der hannov. Prozeß-Ordn. §. 367. Im Wesentlichen ebenso der bair. Entwurf. Art. 264.

ohne Zweck dem Kläger die Kosten einer neuen Klage. Vollkommen hinreichend und weit zweckmäßiger ist es, die Klage, wenn sie schon zur gerichtlichen Verhandlung angemeldet ist, von der Anmeldungsliste zu streichen und den Kläger in die Kosten zu verurtheilen. Will der Verklagte gegen Fortsetzung der Ansprüche des Klägers sich schützen, so kann er zur Provokation schreiten.

Weit bedeutender als die Versäumung des Klägers ist, wie schon oben gesagt, die des Verklagten. So wenig aber diese Versäumung als Ungehorsam angesehen und mit einer Ungehorsamsstrafe belegt werden darf, ebensowenig rechtfertigt sich die Vermuthung, daß der klägerische Anspruch deßhalb begründet sei, weil der Verklagte in der Beantwortung säumig ist, oder daß in dieser Versäumniß ein Geständniß oder Verzicht des Verklagten auf seine Vertheidigung liege.

Die Versäumung — das Nichtantworten — kann absichtlich oder auch unabsichtlich geschehen sein. Mancherlei Hindernisse können eingetreten sein; der Verklagte glaubt aus Mangel an Bildung, daß die Versäumung unschädlich sei; ein solcher Verklagter antwortet oft nicht, wenn er ungerecht angegriffen zu sein glaubt, bald aus Trotz, bald aus Leichtsinn, bald im Vertrauen auf seine gerechte Sache. Daran ändert öfters selbst die Androhung in der Ladung nichts, daß im Falle der Versäumung die Klage für zugestanden angesehen werde.

Da nun aber die Gesetzgebung mit der Versäumung keinen größeren Nachtheil verbinden darf, als der Zweck der Rechtspflege erfordert, so kann sie auch die Versäumung des Verklagten für diesen nicht so nachtheilig sein lassen, daß dieser um sein ganzes Vermögen oder einen Theil desselben gebracht, dem Kläger aber ein rechtlich gar nicht begründeter Vortheil zugewendet würde. Der Zweck der Verhandlung vor Gericht — sie mag schriftlich oder mündlich sein — ist, dem Richter das thatsächliche Verhältniß, über welches ein Richterspruch erlassen werden soll, darzulegen und ihn von der Wahrheit desselben zu überzeugen. Bezüglich dieser Darlegung und Bewahrheitung sind aber die Parteien gleichberechtigt, mithin muß auch ihnen gleichmäßig überlassen sein, wie weit sie hierin gehen wollen.

Wie nun der Kläger mit seiner Klage abgewiesen wird, wenn er seine Ansprüche nicht hinreichend belegt also eine Versäumung begeht, ebenso wird der Verklagte verurtheilt, wenn er der gehörig begründeten Klage hinreichend bewahrheitete Gegengründe entgegenzusetzen versäumt. Es liegt aber in diesen Versäumungen an sich noch kein Verzicht der Partei auf ihren Anspruch oder Einwand. Darum sind mit dieser Versäumung nur solche Nachtheile zu verbinden, welche zur Verwirklichung der Rechtshülfe des Staates nothwendig sind.[23])

In diesen Grundsätzen stimmen im Wesentlichen der gemeine deutsche, der preußische und der französische Prozeß so ziemlich überein, wenn sie auch in der Ausführung bedeutend auseinandergehen.

Der gemeine deutsche Prozeß läßt den mit der Klagbeantwortung säumigen (d. h. gar nicht antwortenden) Verklagten nicht sogleich verurtheilen, nimmt kein Geständniß des Klagegrundes, keinen Verzicht auf die Vertheidigung an, sondern verlangt, daß der Richter zuvor von der Wahrheit und Begründung des Anspruches überzeugt werde. Daß daneben die allenfallsigen Einreden und Gegenbeweise des Beklagten nicht berücksichtigt werden, liegt nicht in der Annahme eines Verzichts des Verklagten auf diese Vertheidigungsmittel, sondern darin, daß der Prozeß ein Ende haben muß und nicht willkürlich verzögert werden darf. Aber der gemeine deutsche Prozeß, zu sehr befangen in der Ansicht vom Ungehorsam und aus zu großer Schonung des Verklagten, ordnet hiebei eine wahre Rechtsverzögerung an. Er gibt dem Verklagten zuerst wiederholt dilatorische Fristen, oder läßt ihn wiederholt dilatorisch laden, d. h. die Versäumung der Fristen hat nur in Bezug auf die Kosten nicht auch in Beziehung auf die Sache selbst einen Nachtheil. Die gesetzliche Anordnung dilatorischer Fristen ist im Grunde betrachtet eine gesetzlich angeordnete Verzögerung der Rechtshülfe: Will der Beklagte eine weitere Frist, so sollte er den Richter darum bitten müssen und es ist nicht Sache des Richters ihm eine solche anzubieten oder aufzudringen.

23) Gönner I. S 464 ff. Martin §§. 103, 120, 123. Bayer S. 506, 508.

Kommt es nun zur peremtorischen Ladung d. h. zur Androhung eines Rechtsnachtheiles gegen den Verklagten für den Fall, daß er wieder nicht antwortet, so besteht die Androhung darin, daß die Klage für abgeläugnet angesehen, der Verklagte mit seinen Einreden ausgeschlossen und Kläger zum Beweise seines Klagegrundes zugelassen werde.[24])

Es ist hie und da (besonders von Praktikern) die Ansicht geäußert worden, auf diese Weise werde der Ungehorsam des Verklagten nicht an diesem sondern am Kläger bestraft, welchem nicht nur die Rechtshülfe verzögert, sondern auch eine Beweislast aufgebürdet werde, und es sei doch viel natürlicher, den Nachtheil, welchen die Versäumung zur Folge habe, dem Säumigen aufzubürden und die Klage als zugestanden zu betrachten, mithin den Verklagten in der Sache selbst zu verurtheilen. Diese Meinung beruht auf der irrigen Ansicht, daß hier ein Ungehorsam vorliegt, und will, wie oben gezeigt, dem Verklagten einen Nachtheil aufbürden, den er nicht verwirkt hat.

Demungeachtet ist obige gemeinrechtliche Theorie zu tadeln, denn sie verlangt den Beweis des Klagegrundes erst nach mehreren vergeblichen Ladungen und verlangt denselben in einem Beweisinterlocut, welches erst die Rechtskraft beschreiten muß. Zu dieser Verzögerung kommt dann noch ein Beweisverfahren und der Verklagte hat sich durch sein Nichtantworten eine sehr lange Frist verschafft, während welcher der Kläger nicht zu seinem Rechte gelangen kann.

Der preußische Prozeß, welcher schon mit der Klage die Angabe der Beweismittel und, sofern diese in Urkunden bestehen, die Beilegung derselben in getreuer Abschrift verlangt[25]), läßt den Verklagten, welchem die Klage mitzutheilen ist, mit der Verwarnung laden, daß, wenn er innerhalb bestimmter Frist sich nicht melde und im anberaumten Termine ungehorsam ausbleibe, die in der Klage vorgetragenen Thatsachen für richtig

24) Const. 2 Cod. ubi in rem. actio (3, 19). Fr. H. O. v. J. 1507 Tit. 1 §. 4 und K. G. O. v. 1523 Tit VI. §. 2. K. G. O. v. 1555 Thl. III. Tit. 43 §§. 1 und 4 J. R. A. §. 36. Martin §. 113.

25) Preuß. Ger. Ordn. I. 5 §. 5 und §. 17 Ziff. 2.

angenommen und darauf dasjenige anerkannt werde, was nach diesen Thatsachen und nach dem Gesetze Rechtens sei.[26]) Dieser Rechtsnachtheil wird dann auch, wenn der Verklagte ausbleibt, durch Urtheil ausgesprochen[27]), es kann jedoch der Verklagte von dem Tage an, wo ihm das Contumacialurtheil zugestellt worden oder für zugestellt zu achten ist, innerhalb zehn Tagen Zulassung zur Beantwortung der Klage verlangen, wenn er erhebliche Ursachen angibt und bescheinigt, warum er der Ladung nicht folgen konnte.[28]) Dann wird im Prozesse weiter verfahren und der Richter hat mit dem Erkenntnisse in der Hauptsache zugleich die Aufhebung seines eigenen Contumacialurtheiles auszusprechen.[29])

Diesen Vorschriften des preußischen Prozesses steht entgegen, daß sie, wie das Gesetz deutlich sagt, von dem Prinzip des Ungehorsams — der contumacia — ausgehen und eben deßhalb zu Strafen des Ungehorsams schreiten, damit aber in eine nicht nothwendige und zu große Härte ausarten. Die Nichtbeantwortung der Klage allein wird für hinreichend erklärt[30]), die thatsächlichen Behauptungen des Klägers als wahr anzunehmen, denn wenn gleich der Klage die Urkunden, welche zu deren Beweis dienen sollen, wenigstens in getreuer Abschrift beiliegen sollen, so beruhen doch die wenigsten Klagen auf Urkunden allein und die bloße Zeugenbenennung hinsichtlich derjenigen Thatsachen, welche nicht durch Urkunden belegt werden können, ist noch kein Beweis, ja nicht einmal Bescheinigung durch Zeugen. Auch sind nicht alle Urkunden öffentliche Urkunden, hinsichtlich der Privaturkunden aber, welche weder anerkannt noch als ächt bewiesen sind, ist eine Vermuthung ihrer Aechtheit zu gewagt. Wenn das preußische Prozeßrecht innerhalb

26) Preuß. Ger.-Ordn. I. 6 §. 14 Ziff. 5.

27) Preuß. G. O. I. 8 §. 10.

28) Preuß. G. O. I. 14 §. 70, 71.

29) Ebendas. §. 75—77.

30) Reibnitz, Versuch über das Ideal einer Gerichtsordnung Thl. I. S. 210 hält es sogar für das Natürlichste, daß, wenn der Verklagte nicht antwortet, die factischen Behauptungen des Klägers für wahr angenommen werden.

zehn Tagen nach Zustellung des Contumacialurtheils eine Restitution unter der Bedingung zuläßt, daß Hinderungsursachen der rechtzeitigen Klagebeantwortung entgegenstanden, so ist damit allerdings die Härte des Contumazialurtheils gemindert; allein die Instruktion des Restitutionsgesuches und der Beweise der Hinderungsursachen sind eine Erweiterung des Prozesses und eine Vermehrung der Kosten, welche um so mehr vermieden werden sollten als ja die nachträgliche Zulassung der Klagbeantwortung dem Kläger eine Gefahr materiellen Unrechtes nicht bereitet, vielmehr den Zweck hat, dem materiellen Rechte den Sieg zu verschaffen und der Kläger keine Verzögerung zu befürchten hat, vielmehr Abkürzung des Verfahrens eintritt, wenn mit der Instruction der Hauptsache keine Instruktion des Restitutionsgesuches verbunden wird.

Der französische Prozeß, welcher früher das Präjudiz des Zugeständnisses enthielt, verlangt jetzt, daß im Vorverfahren der Kläger in der Ladung, welche der Huissier fertigt, den Grund und Gegenstand der Klage angebe und Abschriften der Urkunden beilege, auf welche die Klage gegründet ist.[31]) Kommt es nach dem Vorverfahren zum Termin, wo vor Gericht mündlich verhandelt werden soll, und es erscheint hierbei nur der Kläger, nicht aber der richtig geladene Verklagte, so wird auf klägerische Anrufung dem Klagantrage entsprechend erkannt, wenn dieser Antrag gerecht und erwiesen befunden wird.[32]) Es liegt in der Natur der Sache, daß wenn die Klage gerecht (fundirt) gefunden wird, aber das Gericht den Beweis nicht hinreichend erachtet, weder eine Verurtheilung des Verklagten noch eine Abweisung des Klägers stattfindet, letztere namentlich deßhalb nicht, weil ja dann nicht der Verklagte sondern der Kläger das Nichterscheinen des Verklagten büßen würde. Es muß vielmehr in einem solchen Falle dem Kläger gestattet werden, weitere Beweise nach Anordnung des Gerichts beizubringen und das

31) Code de proc. civ. Art. 65.

32) Si les conclusions se trouvent justes et bien verifiées. Code de proc. civil Art. 150. Ebenso nach Art. 434 im handelsgerichtlichen Verfahren.

dann eintretende Beweisverfahren muß contradiktorisch und mit Gestattung der gesetzlichen Rechtsmittel eingeleitet werden, weil ja das erste Ausbleiben des Verklagten dessen Ausschließung von einem weiteren Verfahren nicht rechtfertigen würde. [33])

Ist der Verklagte ohne weiteres Beweisverfahren schon wegen Ausbleibens im Verhandlungstermine dem Klagantrage entsprechend verurtheilt, so wird dieses Urtheil nicht sofort rechtskräftig, sondern es steht dem Verklagten das Rechtsmittel der Opposition (Einsprache) offen, d. h. er kann verlangen, daß die Sache nun doch vor Gericht verhandelt und von diesem entschieden werde. Zur Anzeige dieses Rechtsmittels sind ihm, wenn er einen Anwalt hatte, acht Tage von der Zeit der Zustellung des Urtheils an den Anwalt gestattet, wenn er aber keinen Anwalt hatte, kann diese Erklärung bis zur Vollstreckung des Urtheils stattfinden. [34])

Auf den ersten Blick mag es auffallend erscheinen, daß demjenigen, welcher im Termin zur öffentlichen Verhandlung nicht erschien, in dem Rechtsmittel der Einsprache noch eine Art Restitution vom Gesetze vergönnt wird, ohne zu unterscheiden, ob er denn einen genügenden Grund zum Nichterscheinen hatte z. B. Krankheit, oder ob er aus Trotz, Leichtsinn und dgl. säumig war. Allein wir müssen auf zwei Umstände aufmerksam machen: einmal darauf, daß, wie oben ausgeführt wurde, die Versäumung kein strafwürdiger Ungehorsam ist, sodann aber darauf, daß wenn die Einsprache nur zugelassen werden soll, wenn die Versäumung genügend entschuldigt werden kann, der Verhandlung in der Hauptsache eine Verhandlung über die Zulässigkeit der Einsprache [eine Instruktion des Restitutionsgesuches] vorausgehen oder vielleicht gar mit der Verhandlung der Hauptsache verbunden werden müßte, was die Sache verzögern und erweitern, ja wenn der Entschuldigungsgrund zwar bestände aber nicht hinreichend dargethan werden könnte, den Verlust des materiellen Rechts um einer Formfrage willen zur

---

33) Schlink, Commentar über die franz. Civilproz.-Ordn. Bd. II. §. 409 S. 539.

34) Code de proc. civ. Art. 157, 158, 159.

Folge haben könnte. Dem Kläger aber geschieht kein Unrecht, wenn eine Verhandlung über seinen Anspruch und eine gründliche Prüfung desselben stattfindet. Es ist ferner keine tadelnswerthe Verzögerung, wenn um des materiellen Rechts willen das Ende des Streites einige Wochen später eintritt.

Versäumt der wegen Versäumung unterlegene Verklagte die Frist zur Einsprache, so ist das Urtheil als rechtskräftig vollziehbar und es kann der Verklagte über Härte sich nicht beklagen. Hatte er einen Anwalt bestellt, so wird diesem das Urtheil zugestellt[35]) und es sind für den Anwalt acht Tage hinreichend, um die Einsprache zu ergreifen; hatte der Verklagte keinen Anwalt bestellt, so wird vielen Verklagten die Einsicht der Folgen der Verurtheilung und der Rechtsmittel hiegegen fehlen. Die Gründe, welche wir oben für Gestattung der Einsprache angegeben haben, rechtfertigen es auch, daß in solchem Falle die Befugniß zur Einsprache bis zur Vollstreckung des Urtheils stattfindet.

Wird die Einsprache durch Urtheil verworfen, so hat hiegegen keine weitere Einsprache statt.[36]) Es ist dies ganz gerecht, denn der Verklagte kann nicht durch mehrmaliges Ausbleiben und mehrmalige Einsprache berechtigt werden, die Rechtshülfe zu verzögern.

Wir glauben, daß die Grundsätze des französischen Rechts über die Folgen der Versäumung in der Klagbeantwortung in Deutschland aufgenommen zu werden verdienen, weil sie nicht auf der unnatürlichen Annahme eines Ungehorsams, sondern auf der dem Wesen der Sache entsprechenden Annahme einer Versäumung beruhen, das materielle Recht möglichst im Auge behalten und die Rechtshülfe nicht verzögern, vielmehr in jenen Fällen, wo nach dem gemeinen deutschen Prozesse Restitution gesucht werden könnte, das Verfahren abkürzen.

Soweit ein Versäumen der Parteien *nach der Klagbeantwortung* stattfindet, sind die Grundsätze des gemeinen

35) Code de proc. civ. Art. 155, 157.

36) Code de proc. civ. Art. 165.

deutschen Civilprozesses großentheils strenger, als die des preußischen und französischen.

Im gemeinen deutschen Prozesse sind zwar in der Replik und Duplik Verbesserungen (nicht Abänderungen) der Klage und Exception erlaubt, aber die Termine zur Replik und Duplik sind ausschließender Natur und bei ihrer Versäumung läßt sich nur durch Restitution helfen, wenn Gründe hiezu vorhanden und bescheinigt sind. Findet Restitution nicht statt, so ist formelles Recht vorherrschend. Nur rechtzeitig vorgebrachte Thatsachen werden vom Richter berücksichtigt und soweit es erforderlich zum Beweise ausgesetzt, unbekümmert um allenfallsige andere Thatverhältnisse und unbekümmert um die Möglichkeit, nur über ein fingirtes Verhältniß, also ungerecht urtheilen zu müssen. Wird Beweis auferlegt, so ist der Termin zur Antretung peremtorisch und präjudiciell. Soll eine Partei den Haupteid oder einen nothwendigen Eid schwören, so hat die Versäumung des Termins zur Eidesleistung den Nachtheil, daß der Eid für verweigert angesehen wird.

Im preußischen Prozesse folgt der Beanwortung der Klage eine nähere Ermittlung (Instruktion) des thatsächlichen Verhältnisses; kein Zeitpunkt schließt nähere Erörterung aus und selbst solche neue Umstände und Thatsachen, welche nach völlig geschlossener Instruktion erst in den Deduktionen angebracht werden und erst weitere Instruktion bedürfen, sollen zwar das Urtheil des Richters nicht aufhalten, können aber in der höheren Instanz noch nachgebracht werden.[37]) Sowie hienach nur auf das materielle Recht, auf Ermittlung des wirklichen thatsächlichen Rechtsverhältnisses hingewirkt und keine Thatsache wegen Versäumung ausgeschlossen wird, wenn solche nur noch zu einer Zeit vorgebracht ist, wo der Richter bei Erlassung des Urtheils darauf Rücksicht nehmen kann, so schließt auch nach preußischem Rechte kein Beweisinterlocut durch Rechtskraft die Beweise neuer Thatsachen, kein Beweistermin durch ausschließende

37) Preuß. Ger.-Ordn. Thl. I. Tit. 9 §. 24—35; Tit. 10 §. 1—9. insbes. §. 3; Tit. 14 §. 19, 20, 49—61.

Kraft die Angabe und Beibringung neuer Beweismittel aus.[38]) Selbst wenn Derjenige, welcher sich über Annahme oder Zurückschiebung eines Eides erklären sollte, diese Erklärung versäumt, oder wenn derjenige, welcher zur Ableistung eines Eides vorgeladen ist, im Termin nicht erscheint, darf er bis zum Schlusse der Sache, ja noch in der Appellationsinstanz das Versäumte nachholen, wenn er die Versäumung entschuldigen kann, und nur Tragung der verursachten Kosten fällt ihm zur Last.[39])

Der französische Prozeß läßt die Sache, wenn sie einmal in die Gerichtssitzung zur Verhandlung gebracht ist, dort vollständig verhandeln, bis die Richter über das Thatsächliche vollkommen aufgeklärt sind und es gibt bis zum Schlusse der Verhandlung keine Zeitabschnitte, mit welchen ein neues, zur Sache dienliches Vorbringen ausgeschlossen wäre. Auch in der Appellationsinstanz (wo freilich keine anderen Ansprüche als die in erster Instanz gemachten und deren Nebenansprüche an Früchten und Schadensersatz vorgebracht werden können[40]) ist weitere thatsächliche Ausführung, also Nachholung des Versäumten zulässig.[41]) Ein Beweisinterlocut, welches die Rechtskraft beschreiten könnte, hat jener Prozeß nicht; aber der Richter kann verordnen, welche Thatsachen durch Zeugen zu beweisen sind und in welcher Frist der Beweis anzutreten ist.[42]) Ob bei Versäumung dieser Frist doch noch Zeugenbeweis zulässig sei, ist streitig, wird aber vom Pariser Kassationshof bejaht,[43]) und da in zweiter Instanz das Verfahren wie in der ersten stattfinden soll,[44]) so wäre es consequent, nicht nur überhaupt neuen, sondern auch den vom ersten Richter auferlegten aber von der Partei ver-

---

38) Vergl. die Gesetzesstellen in vorhergehender Note.

39) Preuß. Ger.-Ord. Cpl. I. Tit. 10 § 297, 395, 376.

40) Code de proc. civ. Art. 464, 465.

41) Schlink a. a. O. §. 534.

42) Code de proc. civ. Art. 254, 256.

43) Schlink a. a. O. §. 352. Rogron, code de proc. expl. ad Art. 254.

44) Code de proc. civ. Art. 470.

säumten Beweis nachbringen zu dürfen. Doch ist letzteres wegen Art. 293 des code de proc. civ. streitig.

Wird die Eidesleistung in dem hiezu anberaumten Termine versäumt, so wird der Eid ausgeschlossen und es hat gegen das Urtheil wie gegen jedes auf den Grund des Nichterscheinens (par défaut) erlassene Erkenntniß das Rechtsmittel der Einsprache statt.

Folgerechte Durchführung der Grundsätze, daß das Versäumte in jeder Instanz so lange nachgeholt werden kann, bis der Richter zum Spruche schreitet; daß Ausschließung des Versäumten nur soweit anzuordnen ist, damit ungerechtfertigte Verzögerung nicht stattfinden kann, und daß die durch Versäumung veranlaßten Kosten jedesmal dem Versäumenden zur Last fallen, dürften den französischen Prozeß vervollkommnen.

Daß ein Urtheil, welches gegen Jemand wegen Versäumung im Civilprozesse erlassen werden soll, eine gehörige Ladung und deren Zustellung voraussetzt, versteht sich von selbst. Aber ebenso klar ist, daß ohne Veranlassung des Gegners ein Ausspruch wegen Versäumung nicht stattfinden kann, indem der Richter dem Gegner den Sieg, welchen er vielleicht auf diese Weise nicht erringen will, nicht aufdringen kann und namentlich dann, wenn beide Theile im Termine zur Verhandlung oder zur Eidesleistung nicht erscheinen, die Möglichkeit, ja sogar einige Wahrscheinlichkeit gegeben ist, daß die Parteien sich verglichen haben oder doch richterliche Entscheidung nicht verlangen.

VIII.

Der Erwerb eines dinglichen Rechts in Folge einer Unterlassung.

Von

Herrn L. Bacher,

Rechtsconsulenten in Stuttgart.

Es ist allgemein zugestanden, daß der Begriff der Veräußerung sich aus folgenden Momenten zusammensetzt: